Ueber den

Eintritt des Kommissionärs als Eigenhändler.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

von

F. Horchler,
cand. jur.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn)
1893.

Ueber den

Eintritt des Kommissionärs als Eigenhändler.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

von

F. Horchler,
cand. jur.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1893.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Der Verfasser.

Disposition:

A. Einleitung.

I. Begriff und geschichtliche Entwicklung des Selbsteintrittsrechts.

II. Juristische Konstruktion.

B. Thema.

a) Voraussetzungen des Selbsteintritts des Kommissionärs.

b) Rechtliche Wirkungen des Selbsteintritts.

C. Schluss.

Erlöschen des Eintrittsrechts durch Widerruf der Kommission.

I. Nach Artikel 360 des Handelsgesetzbuchs ist Kommissionär derjenige, welcher gewerbemässig im eigenen Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schliesst.

Äusserlich erscheint uns demnach der Kommissionär als Eigenhändler, in Wahrheit ist er aber Ersatzmann, d. h. er kontrahiert für Rechnung seines Auftraggebers, welch' letzterem gegenüber er sich als Mandatar verpflichtet, onmem diligentiam zu prästieren und in jeder Hinsicht dessen Vorteil und Interesse zu wahren.

Infolge dieser Verpflichtungen erscheint das dem Kommissionär gewährte Selbstkontrahierungsrecht, d. h. das Recht, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten,

als ein Widerspruch. Trotzdem wurde dieses Recht von der Handelsgewohnheit[1]) und der Praxis des Handelsstandes von jeher mehr oder weniger beschränkt anerkannt, währenddem es in der älteren Doktrin und Rechtsprechung sehr bestritten wurde.

In der gemeinrechtlichen Doktrin sprach sich vor allem Pöhls[2]) im Falle der Verkaufskommission ausdrücklich gegen die Zulässigkeit des Eintritts des Kommissionärs als Selbstkontrahenten aus.

Ebenso entschieden verneinten Hiersemenzel[3]) und Brinckmann[4]) dieses Recht.

Genannte Juristen erachten das Selbstkontrahierungsrecht als eine gefährliche Anomalie, welche eine Kollision der Interessen des Kommissionärs mit denen des Kommittenten zur unvermeidlichen Folge habe, insbesondere die Interessen des Kommittenten in erheblichem Masse schädige und dem zwischen dem Kommittenten und Kommissionär bestehenden Vertrauensverhältnis widerstreite. —

Im Gegensatze zu diesen doktrinären Ausführungen stand, wie bereits erwähnt worden ist, die Praxis und die kaufmännische Anschauung, welche im Handelsverkehr ihren Ausdruck fanden. Diese hielten aus Opportunitätsgründen eine Abweichung von den strengen Vorschriften des Mandats für angezeigt und gestatteten dem Kommissionär den Eintritt als Selbstkontrahenten unter gewissen Bedingungen. Nach dieser Praxis stritt man lediglich über die Ausdehnung des Eintrittsrechts.

---

1) Casaregis: Discursus legales de commercio (Veratius 1760) Bd. I. Disc. 120 N. 34, 35, Disc. 76.

2) Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburger Handelsrechts. Bd. I (1828), S. 261, 262.

3) Zur Lehre vom kaufmännischen Kommissionsgeschäft. S. 24. 29.

4) Handelsrecht §. 111. IV. S. 407. Anm. 19.

Ohne jede objektive Schranke wird das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs von Bender[1]) anerkannt. Andere, wie z. B. Treitschke[2]), Heise[3]) und Endemann[4]) stellten gewisse Schranken als Korrektive dagegen auf, dass der Kommissionär nicht auf Kosten des Kommittenten spekuliere.

Schwankend äussern sich Mittermaier[5]) und die deutschen Gerichte[6]) vor Abfassung des Handelsgesetzbuches.

Das durch die kaufmännische Übung bekundete Verkehrsbedürfnis konnte naturgemäss das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nicht unberücksichtigt lassen, wollte es sich nicht mit dem entwickelten Verkehr in Widerspruch setzen.

Dasselbe hat mit Recht das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs nur als eine Ausnahme von der Regel eingeführt. Artikel 376 bestimmt nämlich Folgendes:

„Bei der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten[7]).

---

1) Grundsätze des Handlungsrechts I. S. 217 und 227.

2) Kommissionshandel S. 15 ff.

3) Handelsrecht §. 18, S. 42/44.

4) Handelsrecht §. 112, N. 19, S. 418.

5) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 1847 II. S. 780—783.

6) „Gegen“ das Selbsteintrittsrecht: Das preussische Obertribunal, ausser in einem Erkenntnis (Striethorst, Archiv I. S. 5—9). „Für“ das Selbsteintrittsrecht: Oberappellationsgericht zu Lübeck (Thöl: Ausgew. Entsch. N. 189 u. 175.)

7) Damit übereinstimmend der preuss. Entwurf Art. 294 Abs. 1.

In diesem Falle ist die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, dass bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist.

Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.

Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen."

II. Sehr bestritten ist nun die rechtliche Grundlage der durch Artikel 376 dem Kommissionär gewährten Rechte.

Die herrschende Theorie erblickt in jeder Kommission zum Einkauf und Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, eine „Offerte" zum Abschluss eines Propregeschäfts.

Diese Offerte werde durch die ausdrückliche Erklärung des Selbsteintritts in der Ausführungsanzeige des Auftrags acceptirt. Gebe aber der Kommissionär diese Erklärung nicht in der Ausführungsanzeige ab, so gelte die Offerte als abgelehnt; demgemäss könne der Kommissionär später nicht mehr von seinem Eintrittsrecht Gebrauch machen.

Hauptvertreter dieser Ansicht sind: Gad[1]), Lepa[2]), C. F. Koch[3]), Fick[4]), das preussische Obertribunal[5])

1) In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 14 S. 234 ff.

2) Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. S. 262 ff.

3) Kommentar (1868, 2. Aufl.) S. 566/567 Anm. 43a.

4) Über börsenmässige Lieferungsgeschäfte (1872) S. 21.

5) Striethort: Archiv Bd. 59 S. 136 ff., Bd. 64 S. 301 ff., Bd. 67 S. 230 ff.

und viele Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[1]). — Diese Theorie erscheint uns unbegründet und unhaltbar.

Der Kommittent stellt dem Kommissionär keineswegs eine Offerte zu einem Propregeschäft, sondern, — wenn man überhaupt das Vorhandensein einer Offerte befürworten wollte, — die Offerte, entweder mit einem Dritten zu kontrahieren, oder durch Selbsteintritt den Kommissionsauftrag auszuführen. Aber auch die Existenz dieser Offerte muss bestritten werden.

In erster Linie fehlt dieser fingierten Offerte ihre charakteristische Eigentümlichkeit: Der Offerent wäre an keine Wartezeit gebunden. Der Kommissionär könnte einerseits die Offerte so lange acceptieren, als sie nicht widerrufen wird, andererseits könnte der Offerent in seiner Rolle als Kommittent zu jeder Zeit nach Gutdünken sein gesetzmässiges Widerrufsrecht ausüben. Derartige Gewohnheiten sind aber dem kaufmännischen Verkehre fremd.

In den meisten Fällen werden daher die Parteien auch in der That keine Kaufofferte im Auge haben.

Mit Recht hat das Reichsgericht[2]) diese Theorie als eine „verfehlte“ und „der Auffassung des Handelsstandes fremde“ bezeichnet und betont, dass nach der geschichtlichen Entwicklung des Kommissionsgeschäftes die Befugnis des Kommissionärs festgestellt worden ist, nach seiner Wahl die Kommission durch Abschluss mit einem Dritten oder durch den Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen[3]).

1) Bd. 5 S. 280/281; Bd. 8 S. 96; Bd. 12 S. 188; Bd. 16 S. 305; Bd. 19 S. 55/56.

2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1, S. 289.

3) Entsch. des Reichsg. Bd. 4, S. 92. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19, S. 355, Bd. 20, S. 327 ff.

Im Anschluss an die Rechtsprechung stiess auch diese Konstruktion bei der Doktrin angesichts der theoretischen und praktischen Bedenken, welche aus der konsequenten Durchführung und Verwertung dieser Theorie erwachsen mussten, auf energischen Widerstand[1]).

Eine zweite Gruppe von Juristen, wie z. B. Anschütz[2]), Makower[3]), vertritt die Ansicht, dass der Auftrag zum Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Marktpreis oder Börsenpreis haben, eine „alternative Obligation" erzeuge, indem der Kommissionär verpflichtet sei, entweder mit einer dritten Person zu kontrahieren, oder selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten.

Derselben Ansicht huldigen auch das Oberappellationsgericht[4]) zu Lübeck und das Reichsoberhandelsgericht[5]) in einigen Entscheidungen.

Zur Begründung dieses Konstruktionsversuches führte man die zwischen der kaufmännischen Kommission in ihrer heutigen Gestalt und dem Trödelvertrag des römischen Rechts angeblich bestehende Analogie an.

Bei letzterem[6] sei eine alternative Verbindlichkeit anerkannt:

---

1) Grünhut: Das Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs, S. 141. v. Hahn: Kommentar zum H.G.B. in Note 6 zu Art. 376. Abraham: Über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten, S. 16, 17. Dernburg: Preuss. Privatrecht (1880) II. §. 187, N. 6.

2) In Goldschmidt's Zeitschrift d. ges. Handelsr. Bd. 17, S. 9 ff.

3) Kommentar zum H.G.B. S. 438.

4) Entsch. v. 13. VII. 1869.

5) Bd. 19, S. 359 ff. und 20, S. 327 ff. Ferner Keyssner's Kommentar S. 416 sub 19.

6) l. 15. 1. Dig. de aestimatoria 19. 3.

„Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit“ [1]).

Auch diese Theorie erscheint uns unhaltbar und unzutreffend.

Die obligatorische Verbindlichkeit des Kommissionärs besteht nämlich lediglich und allein darin, dass er den Vertrag mit dritten Personen abschliesst. Nur die Kontrahierung mit Dritten ist, wie man dies gewöhnlich auszudrücken pflegt, „in obligatione“, während der Selbsteintritt sich als ein dem Kommissionär gewährtes Recht darstellt (niemals aber als eine Verpflichtung), von welchem derselbe Gebrauch machen kann. Der Selbsteintritt steht also dem Kommissionär frei. Er ist mit anderen Worten stets „in solutione“, niemals aber „in obligatione“.

Aber auch die bei der Alternativobligation geltenden allgemein verbindlichen Rechtsregeln kommen im Fall des Artikels 376 Absatz 1 nicht zur Anwendung. Die Alternativobligation verwandelt sich, wenn von zwei Leistungsgegenständen der eine durch Zufall untergegangen ist, in eine „obligatio pura“ nach dem Grundsatze:

„Duae res sunt in obligatione,
sed altera in solutione.“

Im Fall des Artikels 376 Absatz 1 hat freilich der Kommittent auf die Ausführung der Kommission ein Forderungsrecht. Wird diese aber durch oder auch ohne Verschulden des Kommissionärs unmöglich, so kann der Kommittent keineswegs verlangen, dass nunmehr der Kommissionär als Selbstkontrahent eintrete. —

Eine dritte Theorie ist die von Dernburg [2])-Abraham [3]) aufgestellte. Danach „werden infolge der Kom-

1) Seuffert's Archiv, Bd. 8, N. 256, S. 493.

2) Preuss. Privatrecht (1880) II. §. 187. Wieder aufgegeben diese Ansicht in der 3. Auflage (1882) S. 516/517.

3) Eintritt des Kommiss. als Selbstkontrahent (1884) S. 22.

mission des Artikels 376 sofort „zwei bedingte Obligationen" hervorgerufen, in der Art, dass der Kommissionsvertrag unter einer auflösenden, der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung des gleichen Inhalts abgeschlossen ist: nämlich unter der Bedingung des Selbsteintrittes, deren Existenz also von der Willkür des Kommissionärs abhängig wäre."

So richtig uns die weitere Ausführung Abraham's[1]) erscheinen mag, so können wir doch dieser Theorie uns nicht anschliessen, da sie wie die anderen Theorien nicht genügend erklärt, wieso trotz des Existentwerdens des Kaufgeschäfts gewisse Rechte und Pflichten des Kommissionärs aus dem Kommissionsvertrage bestehen bleiben resp. neu begründet werden.

Geeignet, manche rechtliche Wirkungen zu erklären, welche in den vorhergehenden Theorien unerklärt bleiben, erscheint die Theorie Grünhut's[2]), welcher sich im Wesentlichen Endemann[3]) und Lepa[4]) angeschlossen haben.

Nach Grünhut liegt in jeder Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche einen Marktpreis oder Börsenpreis haben, vorausgesetzt, dass der Kommittent nicht den Eintritt verbietet, rücksichtlich des Modus der Ausführung kraft Rechtsnotwendigkeit eine alternative Befugnis, eine „facultas alternativa", so dass der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages ipso iure nach freier Wahl das aufgetragene Geschäft mit einer dritten Person abschliessen oder in Beziehung auf dasselbe selbst als Käufer oder Verkäufer eintreten kann.

1) cit. S. 22/23.
2) cit. S. 121.
3) Handelsrecht Bd. 3, S. 254.
4) cit. S. 221.

Die freie Bewegung bei der Wahl des Modus, so führt Grünhut aus, wird lediglich durch die Pflicht begrenzt, das aufgetragene Geschäft gemäs Artikel 361 mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Kommittenten auszuführen.

Die durch Artikel 376 Absatz 1 dem Kommissionär gewährten beiden Möglichkeiten — Abschluss mit einer dritten Person oder Selbsteintritt — stehen sich indes keineswegs gleichbedeutend gegenüber (wie dies ja bei der Alternativobligation der Fall ist), das Verhältnis zwischen den beiden Alternativen regelt sich vielmehr so, dass die eine, die Ausführung der Kommission durch Abschluss mit einem Dritten als Hauptmodus erscheint, während der Selbsteintritt des Kommissionärs sich lediglich als ein Recht, niemals aber als eine Pflicht darstellt.

Das Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten wird nach Grünhut trotz des Eintritts als Selbstkontrahent nicht geändert, da der als Selbstkontrahent auftretende Kommissionär eine doppelte Persönlichkeit darstellt: die des Mandatars und die des dritten Kontrahenten.

Ohne Bedenken zieht auch Grünhut die weiteren Konsequenzen und erkennt als notwendige Voraussetzung der konsequenten Durchführung seiner Theorie die Möglichkeit an, mit sich selbst einen Vertrag abzuschliessen. Diese weiteren Konsequenzen müssen als unhaltbar zurückgewiesen werden[1]).

---

1) An Grünhut schliesst sich Hanausek (die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware I. S. 203) vollständig an. Ferner halten v. Hahn: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29, S. 2 ff., Dernburg: Vormundschaftsrecht (2. Aufl. §. 79, Anm. 5), Behrend: Lehrbuch d. Handelsr. I. S. 344/345 u. d. Reichsgericht (Bd. 5, S. 59 und 6, S. 13 ff. ein Kontrahieren des direkten Stellvertreters in fremdem Namen mit sich selbst nach heutigem Recht für begrifflich möglich.

Zunächst ist soviel einleuchtend, dass zum Abschluss eines Vertrages notwendig zwei auf einander einwirkende Willensäusserungen, welche durch zwei physische Personen zum Ausdruck kommen, gehören.

Nur der erklärte Wille kann eine rechtliche Wirkung erzeugen. Mit Recht wirft Lepa[1]) hier die Frage auf: „Wie soll man sich eine Erklärung denken, welche der Erklärende gegen sich selbst abgibt?“

In diesem Sinne hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht[2]) ausgesprochen, dass es sowohl nach den Grundsätzen des Civilrechts, wie auch nach denen des Handelsrechts, rechtlich unmöglich sei, dass bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch ein und dieselbe Person vertreten werden können. Billigenswert erscheint uns die Theorie v. Hahn's[3]), welcher sich auch Cosack[4]) angeschlossen hat.

Danach ist der Eintritt als Selbstkontrahent eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags[5]). Allein die besondere Form der Ausführung hat auch eine besondere rechtliche Wirkung: durch den Selbsteintritt kommt innerhalb des Rahmens der Kommission direkt ein Kaufgeschäft zustande. „In dieses Kaufgeschäft wird der Kommittent, der als solcher bis dahin nur Kontrahent des Kommissionsverhältnisses ist, dadurch hineingezogen, dass

1) cit. S. 231.

2) Bd. 8, S. 392. Ferner Fitting: Archiv für civ. Praxis Bd. 51, S. 248 ff. Bekker: System d. heut. Pandektenrechts I. S. 272. Entsch. d. Reichsgerichts (1890) Bd. 25, S. 72.

3) Kommentar II, S. 506, N. 6. Mit der v. Hahn'schen Theorie stimmen auch die Ausführungen Goldschmidt's in seinen Vorlesungen überein.

4) Lehrbuch des Handelsrechts S. 180.

5) Vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1, S. 289.

er als Handelnder, als Kontrahent selbst auftritt, bezw. dass in seinem Namen kontrahiert wird“ [1]).

Diese Konstruktion giebt mit Bestimmtheit und durchdringender Klarheit den Sinn des Artikels 376 wieder. Es werden auch durch dieselbe alle die nicht zutreffenden Konsequenzen vermieden, welche sich aus den früheren Theorien ergaben.

Dadurch, dass das Gesetz den Selbsteintritt als eine Art der Ausführung des Auftrags auffasst, lassen sich auch die dem Kommissionär noch nach dem Zustandekommen des Kaufgeschäfts gewährten Rechte und Pflichten erklären.

Letztere werden nur durch die Theorie v. Hahn's gerechtfertigt, da alle anderen Theorien auf einer falschen Grundlage beruhen.

a) Voraussetzungen des Selbsteintritts des Kommissionärs.

Wie Artikel 376 Absatz 1 bestimmt, ist der Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent nur bei Kommissionen zum Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren gestattet, welche einen Marktpreis oder Börsenpreis haben [2]).

Es kann also der Einkaufskommissionär selbst als Verkäufer und der Verkaufskommissionär als Käufer eintreten [3]). Der innere Grund dieser Bestimmung ist offenbar der, dass es dem Kommittenten in diesen Fällen

1) Ferner v. Hahn: Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29, S. 4.

2) Wann dies der Fall ist und über die ratio legis vgl. Goldschmidt: Handbuch II (2. Auflage), S. 104.

3) Anfangs hatte diese Bestimmung wohl den Zweck, in dem Börsen- oder Marktpreis einen Ersatz für fehlende Preislimitierung seitens des Kommittenten zu haben. (Motive zum Preuss. Entwurf S. 162.)

völlig gleichgültig sein wird, ob der Kommissionär mit einer dritten Person kontrahiert, oder ob er als Selbstkontrahent eintritt. Ein Risiko des Kommittenten ist einerseits nicht zu befürchten, andererseits ist eine Ausartung des Handelsgebrauchs schlechthin ausgeschlossen. Aus der ratio legis geht aber zugleich hervor, dass ein Eintrittsrecht des Kommissionärs bei Waren, Wechseln und Wertpapieren, welche keinen Markt- oder Börsenpreis haben, ausgeschlossen ist, und dass bei Konkurrenz von Marktpreis und Limitum der Kommissionär zu jedem von beiden Preisen bei der Verkaufskommission nur eintreten darf, wenn der eine Preis dem anderen gleichkommt oder ihn übersteigt[1]), bei der Einkaufskommission nur dann, wenn der eine Preis dem anderen gleichkommt oder niedriger ist. Der Ort, dessen Markt- oder Börsenpreis in Betracht kommt, ist nach Artikel 353 H.G.B. regelmässig der der Niederlassung des Kommissionärs. Wenn aber dort ein solcher Preis nicht besteht, dann gilt der für jenen in dieser Beziehung masgebende Handelsplatz.

Im Interesse des Kommittenten muss das durch Artikel 376 Absatz 1 beschränkte Selbstkontrahierungsrecht des Kommissionärs zweifellos als die äusserste Grenze der Abweichung von der eigentlichen Natur des Kommissionsgeschäfts, dem der Kommission eigentümlichen Charakter und Wesen erachtet werden.

Zutreffend interpretiert in diesem Sinn das Reichsoberhandelsgericht[2]):

„Man kann es dahingestellt sein lassen, welcher Wert den Nürnberger Protokollen im Allgemeinen für die Auslegung des Handelsgesetzbuchs und für die Rechtsprechung

1) Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 23, S. 104 und Goldschmidt: Handbuch II, S. 105, insbes. Nr. 28.

2) Bd. 12, S. 187.

beizulegen sei. Sie ergeben ganz evident, dass es die Absicht der Nürnberger Kommission in ihrer Majorität gewesen ist, das Recht des Kommissionärs, als Selbstkontrahent einzutreten, bei Waren, welche keinen Marktpreis oder Börsenpreis haben, auszuschliessen und dies ist demgemäs als die Intention des Gesetzgebers anzuerkennen."

Will hiernach der Kommissionär bei Waren anderer Qualität als Selbstkontrahent eintreten, so muss er dies dem Kommittenten ausdrücklich offerieren. Im Fall des Artikels 376 Absatz 1. kann der Kommissionär das Wahlrecht nach freiem Ermessen ausüben. Je nach Bedürfnis kann er entweder mit einer dritten Person kontrahieren — dies ist der prinzipale Modus der Ausführung — oder persönlich eintreten.

Dieses dem Kommissionär gewährte Eintrittsrecht kann dieser jedoch nur dann ausüben, „wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat".

Nach dem Wortlaut des Artikels 376 Absatz 1 kann der Kommittent durch eine Willenserklärung dieses Eintrittsrecht ausschliessen. Die Entziehung des Rechts zum Selbsteintritt, die der Kommittent aus Opportunitätsgründen verfügen kann, kann entweder durch ausdrückliches oder auch durch stillschweigendes Verbot erfolgen: denn die Befugnis zum Selbsteintritt ist, wie R. Koch[1]) zutreffend bemerkt, nur ein „Naturale" der Kommission.

Immerhin ist es demnach dem Kommittenten möglich, einen vielleicht eintretenden Interessenkonflikt durch Verbot des Selbsteintritts zu verhindern.

Zutreffend hat das Reichsoberhandelsgericht[2]) aus-

1) In v. Holtzendorffs Rechtslexikon, s. v. Kommissionshandel.

2) Bd. 11 S. 43/44.

gesprochen, dass das Verbot des Selbsteintritts auch dann rechtsverbindlich ist, wenn sich aus der Natur des aufgetragenen Geschäfts oder aus dem ganzen Inhalt der Erklärung des Kommittenten erkennen lässt, dass es nicht die Absicht des letzteren sein konnte, das Recht zum Selbsteintritt dem Kommissionär zuzugestehen[1]).

Insbesondere tritt dieses Verbot bei Aufträgen zum Abschluss von Differenzgeschäften deutlich hervor. Dieser Punkt ist von grösster Wichtigkeit, da die die Börse nicht besuchenden Leute ihre Spekulationsgeschäfte nur durch Kommissionäre abschliessen können.

Diese in Doktrin[2]) und Rechtsprechung anerkannte Bestimmung wird durch die Erwägung gerechtfertigt, dass bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge und Erklärungen der Parteien durch eine bestimmte Form nicht gebunden ist.

Keineswegs ist aber der Kommissionär verpflichtet, dem Kommittenten von dem Geschäft abzuraten, falls er die Berechnung des Kommittenten für falsch halten sollte.

Wohl wäre aber der Kommissionär verpflichtet, sich des Selbsteintritts zu enthalten, wenn er selbst den Rat zum Abschluss des Differenzgeschäftes gegeben hat, oder wenn ihm von dem Kommittenten anheimgestellt ist, das Geschäft bei einer möglichst vorteilhaften Gelegenheit abzuschliessen.

In diesen Fällen würde der Kommissionär durch den Selbsteintritt einen dolus begehen.

---

1) Vgl. Grünhut cit. S. 113.

2) Grünhut cit., Gareis in Endemann's Handbuch II, S. 562, Puchelt: Kommentar zum H.G.B. S. 394/395, Abraham cit. S. 27 und v. Hahn: Kommentar II, S. 512 Anm. 26a. Die beiden letzteren zwar mit anderer Motivierung: Die Kommission zu einem wirklichen Differenzgeschäft sei keine Einkaufs- oder Verkaufskommission.

Diese Meinung haben der geltende Handelsgebrauch und das Reichsoberhandelsgericht[1]), entgegen der auf Seite 17 zitierten Entscheidung. Auch Cosack[2]) stimmt damit überein.

Es erübrigt noch an dieser Stelle, ein Wort über die stillschweigende Ausschliessung des Selbsteintritts von Seiten des Kommittenten zu sagen.

Eine solche liegt z. B. dann vor, wenn der Kommittent die Art des zu verkaufenden Papiers in das freie Belieben des Kommissionärs gestellt hat[3]). Der Selbsteintritt ist ferner stillschweigend ausgeschlossen, wenn der Kommittent einen Verkauf „möglichst über dem Marktpreis“ wünscht[4]). —

Tritt nun der Kommissionär als Selbstkontrahent ein, obwohl der Kommittent den Eintritt verboten hat, oder, wenn es sich um den Einkauf oder Verkauf von Waren, Wechseln und Wertpapieren handelt, welche keinen Markt- oder Börsenpreis haben, so hat der Kommittent das Recht, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung seines Auftrages zu verlangen.

Eine den Selbsteintritt ausschliessende Bestimmung ist aber, wie das Reichsoberhandelsgericht[5]) zutreffend interpretiert, darin nicht zu erblicken, dass der Kommissionär das „del credere“ übernommen hat.

---

1) Bd. 15 S. 279/280.

2) Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 32 S. 322.

3) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 6 S. 51.

4) Mit dem „möglichst über dem Marktpreis“ darf nicht das „bestmöglich“ verwechselt werden. Der letztere Ausdruck ist nur eine andere Redensart für „Verkauf zum Marktpreise“. Vgl. Entsch. des Reichsg. Bd. 1, S. 286 und Cosack's Lehrbuch S. 180.

5) Bd. 19 S. 53.

„Den Kommissionär del credere kann die Erwägung, dass er, wenn er doch einmal vermöge des del credere als Selbstschuldner für den dritten Kontrahenten haften müsse, auch zur einfacheren Gestaltung des Rechtsverhältnisses gleich als Selbstkontrahent eintreten könne, eher und öfter als den einfachen Kommissionär zum Eintritt als Selbstkontrahenten veranlassen[1]).“

Auch der Festsetzung eines Limitopreises wollen besonders Gad[2]) und Puchelt[3]) die Absicht des Kommittenten entnehmen, das Eintrittsrecht dem Kommissionär zu versagen.

Diese das Eintrittsrecht weiter beschränkende Bedingung ist dem Sinne des Artikels 376 widersprechend. Aus der Festsetzung eines Limitopreises lässt sich unter keinen Umständen die Absicht des Kommittenten herleiten, den Eintritt zu verwerfen. Das im Limitum enthaltene Verbot bezieht sich lediglich nur auf den Preis, niemals aber auf die Person. Die Befugnis des Kommissionärs bleibt durchaus unberührt. Es steht hiermit dem Verkaufskommissionär frei, selbst zu kaufen, sofern er nur den Marktpreis oder Börsenpreis bezahlt, wenn derselbe das Limitum übersteigt, oder den limitierten Preis, wenn derselbe dem Marktpreis gleichkommt, oder ihn übersteigt.

„Nicht zu bestreiten ist, dass der Verkaufskommissionär, welchem der Preis limitiert ist, zu dem limitierten Preis nur dann übernehmen darf, wenn zur Zeit der Übernahmeerklärung der Marktpreis oder Börsenpreis nicht höher ist[4]).“

1) Grünhut cit. S. 152 u. 153.

2) Handbuch des Allg. deutschen Handelsrechts I. Teil, §. 131, S. 272.

3) Kommentar Art. 376, Anm. 4, 1. Aufl. 1874, S. 773.

4) Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 8 S. 96.

Indem das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen hat, dass der Kommissionär, wenn der Marktpreis höher ist als das Limitum, nur zu jenem höheren Marktpreis als Selbstkäufer eintreten darf, hat es zugleich auch anerkannt, dass unter dieser Voraussetzung auch bei limitiertem Preise der Eintritt als Selbstkäufer stattfinden kann.

Diese Entscheidung wird dem Interesse und dem Bedürfnis des Kommittenten gerecht.

In den meisten Fällen ist dem Kommittenten — abgesehen von der Solvenzfrage — die Person des Käufers durchaus gleichgültig. Dem Interesse des Kommittenten genügt es, wenn der Vertrag in Wahrung seines Interesses überhaupt zu Stande kommt.

Dem Kommittenten würde, wenn dem Kommissionär das Eintrittsrecht bei limitiertem Preise versagt werden müsste, eine wertvolle Erwerbsquelle entzogen werden.

Dieses Eintrittsrecht des Kommissionärs — d. h. das Recht als Selbstkontrahent bei Waren einzutreten, welche einen Marktpreis oder Börsenpreis haben, — kann auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Verkaufskommissionär die Waren zur Zeit seines Eintritts schon im Besitz hat. Diese Voraussetzung erscheint als ein rein willkürliches Postulat und lässt sich weder aus dem Geiste des Gesetzes noch aus der Natur der Sache ableiten.

Sowohl nach Zivilrecht, als auch nach Handelsrecht hängt die Rechtsverbindlichkeit — namentlich beim Genusskauf — nicht davon ab, dass der Verkäufer das Kaufobjekt zur Zeit des Vertragsschlusses in Besitz habe.

Der Verkäufer hat lediglich die obligatorische Verpflichtung, zur vertragsmässigen Zeit zu liefern, widrigenfalls er der Bestimmung des Artikels 355 des Handelsgesetzbuchs verfällt. —

Auch darin ist nicht ein den Selbsteintritt ausschliessendes Moment zu erkennen, dass das aufgetragene

Geschäft nur unter bestimmten Bedingungen [1]) oder innerhalb einer bestimmten Frist abgeschlossen werden soll.

Will der Kommissionär trotz dieser vertragsmässigen Bestimmung von seinem Eintrittsrecht Gebrauch machen, so steht dem Nichts entgegen. Der Kommissionär übernimmt in solchen Fällen natürlich dieselbe vertragsmässige Verpflichtung, welche der dritte Kontrahent hätte einhalten müssen.

Von seinem Eintrittsrecht macht der Kommissionär dadurch Gebrauch, dass er dem Kommittenten den Selbsteintritt mitteilt. Diese Mitteilung gilt nach Artikel 377 des Handelsgesetzbuchs als erfolgt, sobald sie behufs ihrer Absendung abgegeben ist. Diese Erklärung an den Kommittenten bedarf nach der gesetzlichen Bestimmung keiner Annahme. Bestritten ist aber die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte bei Verlust des gesetzlichen Rechtes der Kommissionär sein Eintrittsrecht ausüben kann. Die eine Ansicht geht dahin, dass der Kommissionär spätestens in der durch Artikel 376 dem Kommittenten zu erstattenden Anzeige über die Ausführung des Auftrages seinen Eintritt erklären müsse; nach diesem Zeitpunkt sei der Kommissionär nicht mehr berechtigt, von seinem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen.

Diese Ansicht wird teils auf die rechtliche Anschauung gestützt, dass in den im Artikel 376 Absatz 1 bezeichneten Fällen im Kommissionsauftrag eine eventuelle Offerte zu einem Proprekauf, bezw. Propreverkauf liege, wobei die Annahme der Offerte spätestens in der Ausführungsanzeige erklärt werden müsse [2]).

Grünhut [3]) unterscheidet, ob die Anzeige von der

1) Entsch. d. Rohg. Bd. 22, S. 238.

2) Vgl. Anschütz: Kommentar zu Art. 376, III, V und N. 21. Gad: Zeitschrift des Handelsr. Bd. 14, S. 234.

3) Recht des Kommissionshandels. 1879, S. 472 ff.

Ausführung des aufgetragenen Geschäfts vor oder nach der Erfüllung des Auftrages abgegeben sei[1]).

Im ersteren Fall könne der Kommissionär noch wählen zwischen der Kontrahierung mit einer dritten Person und dem Eintritt als Selbstkontrahent. Im anderen Fall sei aber der Kommissionär an den thatsächlich gewählten Modus gebunden.

Auch v. Hahn[2]) versagt, freilich unter anderer Begründung, nach erfolgter Ausführungsanzeige, in welcher das Selbsteintrittsrecht nicht geltend gemacht wurde, die Befugnis zum Selbstkontrahieren. v. Hahn gelangt zu diesem Resultat lediglich aus Opportunitätsgründen und führt aus, dass dem Kommissionär wegen der Schwierigkeit der Erkennbarkeit, bezüglicherweise des Beweises, für wessen Rechnung ein Geschäft abgeschlossen ist, nicht freigestellt werden dürfe, eine Erklärung auch später willkürlich abzugeben.

In gleichem Sinne spricht sich auch Gad[3]) aus und fordert im Interesse des Kommittenten, dass der Kommissionär von dem Selbsteintritt sofort mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages Anzeige mache[4]).

Diese Bedenken können keinen Rechtsgrund dafür abgeben, dem Kommissionär die Befugnis, als Selbstkontrahent einzutreten, dann abzusprechen, wenn er in

1) Ebenso Abraham an anderem Ort citiert S. 41. Ferner Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19 S. 359, Bd. 20 S. 328.

2) Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 29, Neue Folge 14 S. 6 und Kommentar zu Art. 376 §. 10.

3) In Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 14 S. 239 u. 240.

4) Ebenso v. Kräwel (Busch's Archiv Bd. 8 S. 467 u. Bd. 11 S. 115); Keyssner (Kommentar S. 418 sub 7); d. Preuss. Obertribunal in einer Entscheidung (Striethorst's Archiv Bd. 59 S. 140); Entsch. des Rohg. Bd. 8 S. 95/96.

der allgemeinen Ausführungsanzeige seinen Selbsteintritt nicht erklärt hat.

Der Kommittent hat gar kein Interesse daran, das Eintrittsrecht dann auszuschliessen, wenn der Kommissionär in der Ausführungsanzeige von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch macht.

Wie wir an früherer Stelle hervorgehoben haben, kommt es einerseits dem Kommittenten lediglich darauf an, dass der Kommissionsauftrag überhaupt ausgeführt wird. Andererseits hat der Kommissionär häufig ein Interesse daran, seine Bezugs- und Erwerbsquelle dem Kommittenten nicht zu offenbaren.

Gerade durch den Zweck des Kommissionsgeschäftes ist eine zeitliche Begrenzung des Selbstkontrahierungsrechts des Kommissionärs ausgeschlossen. Nach dem Sinne und nach der Intention des Gesetzes muss vielmehr behauptet werden, dass eine allgemeine Äusserung über die Ausführung des Mandats ohne Nennung einer dritten Person die Befugnis zum Selbsteintritt nicht ausschliesst.

Nennt der Kommissionär in seiner Ausführungsanzeige nicht den dritten, so ist daraus keineswegs, wie v. Hahn[1]) meint, der Schluss zu ziehen, dass er die Erklärung, selbst einzutreten, habe abgeben wollen; der Kommissionär lässt vielmehr, wenn er den dritten nicht nennt, die Frage in suspenso, ob er den Selbsteintritt vollzogen, oder ob er mit einer dritten Person kontrahiert hat. Hat der Kommissionär die Ausführung des Mandats ohne Nennung eines Dritten angezeigt, so kann darin die Erklärung liegen, als Selbstkontrahent einzutreten, oder auch mit einem Dritten kontrahiert zu haben. Auch verträgt es sich wohl mit der Vertrauensstellung des Kommissionärs, dass er nicht schon in der Ausführungsanzeige seinen Eintritt dem Kommittenten erklärt.

1) Kommentar Bd. 2 S. 513.

Diese Theorie ist denn auch gerade in der Praxis des Reichsgerichts[1]) und des Reichsoberhandelsgerichts[2]) entwickelt. Das Reichsgericht und das Reichsoberhandelsgericht haben sich dahin ausgesprochen und zu geltendem Recht erhoben, dass die Frage bei und nach der Anzeige in suspenso bleiben kann, ob der Auftrag in der einen oder anderen Art ausgeführt ist, dass ferner der Kommissionär nicht schon durch die vollzogene Wahl, sondern erst, wenn er den Selbsteintritt erklärt hat, an den Modus der Ausführung gebunden ist.

Es kann sich also der Kommissionär zunächst auf die allgemeine Ausführungsanzeige beschränken und die weitere Erklärung über seinen Selbsteintritt in einer späteren Zeit abgeben, wenn etwa ein praktisches Bedürfnis hiezu eintritt. Naturgemäs bleibt aber dem Kommittenten das Recht unbenommen, auf eine Erklärung des Kommissionärs über den Modus der Ausführung zu dringen.

Erklärt der Kommissionär in einer späteren Mitteilung dem Kommittenten den Eintritt als Selbstkontrahent, so stellt sich diese nachträgliche Erklärung als eine Rektifizierung der allgemeinen Ausführungsanzeige dar.

Diese Präzisierung muss der Kommittent anerkennen[3]). Hat sich aber der Kommissionär definitiv für einen Modus der Ausführung entschieden, so ist das Wahlrecht konsumiert[4]).

Dieser Rechtsgrundsatz, dass das Eintrittsrecht keiner zeitlichen Begrenzung unterliegt, findet sowohl bei der Einkaufs- als auch bei der Verkaufskommission Anwendung und erleidet lediglich im Prozesse eine Ausnahme.

---

1) Bd. 6 S. 48, Bd. 4 S. 95, Bd. 10 S. 90.

2) Bd. 19 S. 355 und Bd 20 S. 326.

3) Vgl. Entsch. d. Rchg. Bd. 6 S. 54.

4) Entsch. d. Rohg. Bd. 20 S. 328.

Hier ist schon aus formalen Gründen jede Unbestimmtheit ausgeschlossen. Im Prozesse hat der Kommissionär von vornherein zu erklären, ob er die Mandatsklage anstrengen, oder ob er aus dem Kaufvertrage klagen will[1]).

Um aber einen etwaigen Missbrauch des dem Kommissionär eingeräumten Wahlrechts auszuschliessen, um insbesondere zu verhüten, dass der Kommissionär, welcher als Selbstkontrahent eintritt, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit entziehe durch Vorschiebung eines insolventen oder nicht belangbaren Kontrahenten, um endlich zu vermeiden, dass der Kommissionär namentlich im Falle der Verzögerung der Erklärung über die Ausführung des Wahlrechts zu Schaden komme, hat Absatz 3 des Artikels 376 dem Kommittenten ein korrespondierendes Recht gegeben und bestimmt, dass der Kommittent befugt ist, den Kommissionär, wenn dieser nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen[2]).

Der Selbsteintritt kann somit vom Kommittenten erzwungen werden. Dieser Zwang unterliegt keiner zeitlichen Beschränkung[3]). „Doch ist dem Kommissionär der Beweis vorbehalten, dass er die Ausführungsanzeige in der irrtümlichen Annahme, er habe in Wahrheit ein Ausrichtungsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen, abgesendet habe; das Gegenteil würde von unannehmbarer

---

1) Entsch. d. Rohg. Bd. 4 S. 349.

2) Der Kommittent ist dazu nur berechtigt, nicht verpflichtet: denn darin, dass der Kommissionär den dritten Kontrahenten nicht namhaft macht, liegt nicht immer die Absicht, selbst einzutreten. Das verkennt O. Hahn: Das Spekulationsgeschäft der Banken: S. 14 u. 23 sub. 7; Entsch. des Rchg. Bd. 23 S. 104.

3) Entsch. d. Rohg. Bd 4 S. 92.

Strenge sein und folgerichtig dahin führen, dass auch ein Bericht, der die Nichtausführung der Kommission melden soll, durch ein Versehen des Schreibers jedoch das „nicht“ fortlässt, den Kommissionär binden würde; doch kann der Kommissionär in beiden Fällen schadenersatzpflichtig sein[1]).“

Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt es nicht, dass der Kommissionär blos anzeigt, dass er das Geschäft mit einer dritten Person abgeschlossen hat. Der Kommissionär muss vielmehr den Namen des Dritten angeben, wenn er die Geltendmachung des durch Absatz 3 des Artikels 376 dem Kommittenten gewährten Rechtes ausschliessen will. Der Kommissionär behält solange diese seine Eigenschaft, bis der Kommittent im Falle der Nichtangabe des Namens des Dritten, von seinem Recht Gebrauch macht und den Kommissionär als Käufer oder Verkäufer verhaftet erklärt. Bis zu dieser Erklärung des Kommittenten bleiben die das Kommissionsgeschäft beherrschenden Prinzipien massgebend[2]). Erst durch die erfolgte Erklärung des Kommittenten tritt an die Stelle des Kommissionsverhältnisses dasjenige zwischen Käufer und Verkäufer. Diese dem Kommittenten gewährte Befugnis, welche derselbe auch ohne Zustimmung des Kommissionärs geltend machen kann, stellt sich lediglich als ein subjektives Recht[3]) dar, von dem der Kommittent nach freiem Ermessen Gebrauch machen kann[4]).

---

1) Cosack: Lehrbuch S. 181.

2) Entsch. des Rohg. Bd. 14 S. 388, Bd. 3 S. 189, Bd. 16 S. 334.

3) Vgl. auch Fick: Über börsenmässige Lieferungsverträge 1872 S. 21 und 22.

4) Im Fall des Konkurses des Kommissionärs wird der Kommittent keinen Gebrauch machen von seiner Befugnis, denn hier stellt er sich besser bei Abtretung der Forderungen. (Art. 368.)

Hat aber der Kommittent einmal die Inanspruchnahme des Kommissionärs als Käufer oder Verkäufer erklärt, so schliesst diese Erklärung jedes ius variandi des Kommittenten aus. Das Wahlrecht des Kommittenten wird durch die erfolgte Erklärung konsumiert.

Dieses Recht erlischt aber nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) nicht mit der ohne Berichterstattung über die Art des Abschlusses erfolgten Lieferung der Waaren: noch später kann der Kommittent alle Rechte des Käufers oder Verkäufers gegen den Kommissionär geltend machen.

b) Wirkungen des Selbsteintritts des Kommissionärs.

Mit der Erörterung der rechtlichen Wirkungen des Selbsteintritts betreten wir ein nicht minder bestrittenes Gebiet.

Nach Grünhut[2]) behält der Kommissionär, für welche Alternative er sich auch entscheiden mag, im allgemeinen die Rechte und Pflichten eines Kommissionärs.

Auch Endemann[3]) bekennt sich zu der Lehre, dass der Kommissionär trotz seines Eintritts die rechtliche Stellung eines Kommissionärs behält.

Trotz des Eintritts als Selbstkontrahent, führt Grünhut aus, kommen die das Kommissionsgeschäft beherrschenden Rechtsregeln zur Anwendung, als ob der Kommissionär, statt das aufgetragene Geschäft in sich selbst abzuschliessen, es mit einem Dritten abgeschlossen hätte.

Der Kommissionär hat demgemäss die Pflicht zur gehörigen Ausführung des Auftrags, die Anzeige- und

---

1) Bd. 4 S. 96.

2) Cit. S. 124 ff.

3) Handelsrecht III S. 255.

Rechenschaftspflicht und endlich die Sorge für das Kommissionsgut.

Andererseits hat der Kommissionär als Selbstkontrahent naturgemäss auch die Rechte eines Kommissionärs: Anspruch auf Provision und Ersatz der regelmässig erwachsenden Unkosten, auf keinen Fall aber ein Recht auf „del-credere" Provision. Diese Verteilung von Rechten und Pflichten erklärt Grünhut aus der Doppelstellung des Kommissionärs als Käufer und Verkäufer. Folgerichtig zieht Grünhut auch die praktische Konsequenz und gewährt dem Kommittenten die Klage aus dem Kaufvertrage als actio utilis und die actio mandati directa, während er dem Kommissionär nur die actio mandati contraria einräumt.

Lepa[1]) dagegen unterscheidet auch nach erfolgtem Selbsteintritt des Kommissionärs Rechte und Pflichten, welche ihm in seiner Eigenschaft als Mandatar und solche, welche ihm als Käufer bezw. Verkäufer zukommen.

Die Ausführungen Grünhuts über die Wirkungen des Selbsteintritts sind unzutreffend und haben daher auch weder in der Doktrin noch in der Rechtsprechung Anklang gefunden.

In der That käme der Kommissionär bei der Durchführung dieser Theorie in vielen Fällen in eine völlig unhaltbare Stellung. Ist der Kommittent z. B. mit der Lieferung im Verzuge, so kann naturgemäss auch der Kommissionär nicht zur vertragsmässigen Zeit dem Dritten liefern. Letzterer könnte sich nur auf die Bestimmung des Artikels 355 berufen und von dem Vertrage absehen. Dieses Recht kann aber der Kommissionär seinerseits gegenüber dem Kommittenten nicht geltend machen.

Desgleichen würde „ein nach den Grundsätzen des Artikels 354 ff. statthafter Verkauf", wie das Reichsober-

1) Cit. S. 177 ff.

handelsgericht[1]) mit Recht hervorhebt, „den als Selbstkontrahenten eingetretenen Kommissionär von seiner fortdauernden Verpflichtung aus dem Kommissionsgeschäft nicht befreien, da für den Kommissionär das Verkaufsrecht ohne gerichtliche Ermächtigung (Handelsgesetzbuch Art. 343, 354) nicht besteht. Art. 375, 310.“

Als feststehendes Resultat der Doktrin und Rechtsprechung ist Folgendes zu erachten: „Alle Rechtshandlungen, welche der Kommissionär vor Perfektion des Kaufgeschäfts vollzog, sind nicht nach den Regeln über das Kaufgeschäft, sondern nach den beim Kommissionsgeschäft geltenden Grundsätzen zu beurteilen[2]).“

Hat aber der Kommissionär eine bindende Erklärung des Selbsteintritts gegenüber dem Kommittenten abgegeben, so tritt an die Stelle des Kommissionsverhältnisses dasjenige zwischen Käufer und Verkäufer. Dieser Satz ist als dogmatisch feststehendes Resultat der Doktrin und Rechtsprechung zu erachten[3]).

In der That muss es als eine rechtliche Unmöglichkeit erscheinen, dass betreffs desselben Gegenstandes zu gleicher Zeit ein Kommissions- und Kaufgeschäft vorhanden sein kann, dass ferner zwischen denselben Parteien in ein und derselben Sache zwei wesentlich verschiedene, einander schlechthin ausschliessende Rechtsverhältnisse begründet werden könnten. Dies würde zu

---

1) Bd. 6 S. 191.

2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 19 S. 100.

3) Brinkmann: Handelsrecht §. 112. — v. Hahn: Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 29, Neue Folge 14 S. 2 ff. und dessen Kommentar Bd. 2 S. 506 ff. — Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 17 S. 13. — Makower: Kommentar S. 439. Gareis: Handelsrecht's Lehrbuch 2. Aufl. S. 377 u. Entsch. d. Rohg. Bd. 6 S. 191.

einer Vermengung von Kaufgeschäft und Kommissionsgeschäft führen, welche die schwierigsten Verwicklungen zur unvermeidbaren Folge haben würde und sowohl aus theoretischen als auch aus praktischen Gründen als durchaus unhaltbar erachtet werden müsste.

Diese Bedenken lassen auch die Theorie Lepa's als unbegründet erscheinen. Artikel 376 Absatz 1 spricht ja selbst mit unverkennbarer Bestimmtheit von „Verkäufer" und „Käufer".

Zutreffend argumentiert in diesem Sinne das Reichsoberhandelsgericht[1]):

„Soviel ist sicher, dass von dem Augenblick des Eintritts das Mandatsverhältnis für die Zukunft mindestens insoweit sein Ende erreicht, als es mit dem neubegründeten Rechtsverhältnis aus dem Kaufgeschäft unvereinbar ist."

Alle Rechtsverhältnisse, die nunmehr in Betracht kommen, regeln sich demgemäss nach den beim Handelskauf und Verkauf üblichen Rechtsvorschriften. Die hier in Betracht kommenden Klagen sind daher solche aus dem Kaufvertrage. Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

Der Einkaufskommissionär kann nach erfolgtem Eintritt, wenn der Kommittent seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nicht erfüllt, die ihm gesetzlich und vertragsmässig zustehenden Rechte des Verkäufers gegen den säumigen Käufer in derselben Weise geltend machen, wie jeder andere Verkäufer.

Insbesondere hat der Selbstkontrahent als Verkäufer bei einem Verzuge des Kommittenten die ihm durch die Bestimmungen der Artikel 343, 354 u. 357 des Handelsgesetzbuches statuierten Rechte.

Hinsichtlich der Übersendung der Waren und hinsichtlich des Überganges der Gefahr kommen die Artikel 344 und 345 zur Anwendung.

1) Bd. 6 S. 191.

Desgleichen wird die Verjährung und der Erfüllungsort den für den Kauf geltenden Normen unterstellt.

Andererseits ist der Selbstkontrahent verpflichtet[1]), die Waren, solange der Kommittent mit der Empfangnahme nicht in Verzug ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufzubewahren. Durch seinen Eintritt als Selbstkontrahent ist ferner der Kommissionär nicht[2]) mehr in der Lage, das ihm durch Artikel 374 sonst gewährleistete Pfandrecht geltend zu machen, da der Einkaufskommissionär Eigentümer der dem Kommittenten zu liefernden Ware ist und man nach feststehenden Rechtsgrundsätzen an seiner eigenen Sache nicht ein Pfandrecht ausüben kann.

Auf der anderen Seite hat der Kommittent die ihm zukommenden Pflichten eines Käufers zu erfüllen. Insbesondere ist er verpflichtet, die vertragsmässig beschaffene Ware gemäss Artikel 346 zu empfangen, die Ware im Fall des Artikels 347 ordnungsmässig zu untersuchen und, wenn dieselbe nicht vertrags- oder gesetzmässig ist, dem Selbstkontrahenten sofort Anzeige davon zu machen.

Auch hat der Kommittent, wenn der Kommissionär von seinem Eintrittsrecht Gebrauch gemacht hat, in Ermangelung einer ausdrücklich oder aus den obwaltenden Umständen sich ergebenden Vereinbarung über den Erfüllungsort, als Verkäufer am Orte der Handelsniederlassung des Kommissionärs und Käufers zu erfüllen[3]).

1) Vgl. Art. 343.

2) Merkwürdigerweise gewähren aber Theorie und Praxis dem Kommissionär nach seinem Eintritt als Selbstkontrahent das gesetzliche Pfand- und Verkaufsrecht. Nur Renaud (Rechtl. Gutachten ed. Hergenhahn) I S. 414/415 und 429 stimmt mit der oben vertretenen Ansicht überein.

3) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 91.

Einen besonderen Anlass zur weiteren Betrachtung bietet nun Absatz 2 des Artikels 376. Hierzufolge ist die Pflicht des Kommissionärs, der von seinem Selbstkontrahierungsrecht Gebrauch gemacht hat, über die Abschliessung des Kaufs oder Verkaufs Rechenschaft zu geben, auf den Nachweis beschränkt, dass bei dem berechneten Preise der Markt- oder Börsenpreis zur Zeit des Auftrags eingehalten wurde.

Nach der weiteren Bestimmung ist der Kommissionär berechtigt zu der gewöhnlichen[1]) Provision und er kann die beim Kommissionsgeschäft sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.

Diese Bestimmungen sollen nach Grünhut[2]) und Lepa[3]) den schlagenden Nachweis dafür abgeben, dass der Kommissionär trotz des Selbsteintritts lediglich als Mandatar in Betracht komme.

Unseres Erachtens kann auch in dieser Bestimmung kein unsere Konstruktion zerstörendes Moment erblickt werden.

Der Provisions- und Kostenvergütungsanspruch ist eben kein Ausfluss des ursprünglichen Mandatsverhältnisses, sondern lediglich eine Forderung, ein Teil des Anspruchs aus dem Kaufvertrage. Provision und Kostenvergütung treten im Falle der Einkaufskommission dem Börsen- oder Marktpreis als Kaufpreis hinzu und gehen bei der Verkaufskommission davon ab.

1) D. i. der verabredeten oder ortsüblichen Provision. Ob hierher auch die del-credere des Art. 370 zu zählen sei, ist bestritten. „Dafür" sind v. Hahn (Komm. II S. 516), Anschütz und Völderndorff (Komm. III S. 382) und Lepa (cit. S. 181.) „Dagegen", wie bereits erwähnt, Grünhut (cit. S. 136), C. F. Koch (Komm. S. 568 Anm. 46) und Abraham (cit. S. 51/52).

2) Cit. S. 124 ff.

3) Cit. S. 184/185.

Diese privilegierte Stellung hat der Selbstkontrahent mit Wissen und Wollen des Kommittenten.

Dass endlich Provision und Kostenvergütung mit der Kaufklage geltend gemacht werden, bedarf keiner weiteren Erörterung[1]).

Zur Bestimmung des Absatzes 2 des Artikels 376 ist noch zu erwähnen, dass für die Berechnung des Börsenpreises der Zeitpunkt der dem Kommittenten gemachten Anzeige masgebend ist[2]).

Kein notwendiges Postulat und keine notwendige Voraussetzung des Eintrittsrechts des Kommissionärs ist hierbei, dass die Ware am Orte der Niederlassung des Kommissionärs einen Markt- oder Börsenpreis habe, es genügt vielmehr, wie Gad[3]) richtig hervorhebt, dass für das aufgetragene Geschäft, wenn es der Kommissionär mit einem Dritten abschliessen würde, der Kurs eines Handelsplatzes masgebend wäre.

Ob und in welchem Umfang der Kommissionär als Selbstkontrahent die beim Kommissionsgeschäft vorkommenden Unkosten[4]) berechnen kann, entscheidet der Ortsgebrauch. Bei etwaigen Kursschwankungen wird in der Regel der Durchschnittspreis zu berechnen sein.

1) Entsch. d. Rohg. Bd. 17 S. 328; vgl. ferner v. Hahn (Kommentar II S. 518); Dernburg (Preuss. Privatrecht 1880. II. S. 507 N. 12); Makower (Kommentar S. 406); Keyssner (Kommentar S. 414 sub. 8).

2) Entsch. des Rchg. Bd. 4 S. 108.

3) Cit. S. 272.

4) Stets zählen zu den Unkosten: Impensae necessariae und utiles wie Lagermiete, Transportgelder, Arbeitslöhne etc. (Art. 371). Auch Mäklerkourtage, Stempel, Wägegelder.

Erlöschen des Selbstkontrahierungsrechts durch Widerruf der Kommission.

Von seinem Rechte, in den Fällen des Artikels 376 Absatz 1 als Selbstkontrahent einzutreten, kann der Kommissionär nur so lange Gebrauch machen, als der Auftrag selbst besteht.

Letzteren kann aber der Kommittent bei res integra beliebig modifizieren — z. B. er schreibt dem Kommissionär den Geschäftsabschluss mit einem Dritten vor — oder ihn gänzlich widerrufen[1]).

Der Widerruf des Kommittenten, welcher jederzeit erfolgen kann, ist aber nur dann gültig, wenn er bei dem Kommissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrages behufs ihrer Absendung abgegeben ist. (Art. 377 H.G.B.)

Diese Bestimmung soll verhüten, dass der Kommittent nicht gänzlich in die Willkür des Kommissionärs gegeben werde, welcher sonst zu jeder beliebigen Zeit erklären könnte, dass er den Auftrag als Selbstkontrahent ausgeführt habe[2]).

Andererseits soll das Interesse des Kommissionärs gewahrt werden, welcher, sobald er seinen Entschluss gefasst hat, die Anzeige absenden kann, ohne an die Zeit der Beförderungsgelegenheit gebunden zu sein. —

Bei der Behandlung obigen Satzes ist man infolge der Annahme der Offertetheorie zu schiefen Auffassungen gelangt. v. Hahn[3]) identifiziert das Verhältnis, welches zwischen dem Kommissionär und Kommittenten besteht,

1) Diese Bestimmung enthält im Absatz 4 des Art. 294 schon der Preuss. Entwurf. Verschiedene Abänderungsanträge in der ersten Lesung der Nürnberger Konferenz abgelehnt. (Prot. 741.)

2) Entsch. d. Rohg. Bd. 5 S. 281.

3) Kommentar §. 377 S. 523.

mit demjenigen zwischen Oblaten und Offerenten. Er lässt daher zwar den Widerruf von da an nicht mehr wirksam sein, wo der Kommissionär die Anzeige abgegeben hat, lässt aber den Kommissionär seine Erklärung wirksam überholen: Der Vertrag soll erst perfekt sein, wenn die Erklärung beim Kommittenten angekommen ist.

Diese Interpretation ist indes, wie v. Hahn auch selbst zugiebt, höchst bedenklich. Denn von einer Ankunft der Erklärung des Kommissionärs beim Kommittenten ist im Artikel 377 nirgends die Rede. Derselbe spricht nur von einer Abgabe der Anzeige. Übrigens muss die Perfektion schon deshalb mit der Abgabe der Erklärung angenommen werden, weil der Kommissionär verpflichtet ist, unmittelbar nach der Ausführung dieselbe mitzuteilen. —

Ob unter der Anzeige „von der Ausführung des Auftrages“ die allgemeine Anzeige, bei welcher, wie wir an früherer Stelle erörtert haben, das Wahlrecht noch nicht konsumiert wurde, zu verstehen ist, oder ob die Anzeige von der Selbstübernahme als der masgebende Zeitpunkt zu erachten ist, ist der Offertetheorie zufolge in Doktrin und Rechtsprechung sehr bestritten.

Grünhut[1]), v. Hahn[2]) und das Reichsgericht[3]) erachten die allgemeine Ausführungsanzeige als das kritische Moment, da die durch die Artikel 361 statuierte Anzeigepflicht des Kommissionärs dergestalt erschöpft sei, dass eine weitere Anzeige darüber, ob der Kommissionär den Auftrag durch Abschluss mit einem Dritten oder in sich ausgeführt habe, nicht mehr erfolgen müsse.

„Der Kommittent könnte“, so führt das Reichsgericht[4])

1) Cit. S. 162.

2) Kommentar Art. 377 §. 5 S. 525.

3) Entsch. d. Rchg. Bd. 7 S. 98.

4) Bd. 7 S. 99.

aus, „wenn nach der allgemeinen Ausführungsanzeige die Konjunkturen sich plötzlich ändern, durch einen nachträglichen Widerruf, welchen er erklärt, bevor der Kommissionär Veranlassung gehabt, sich über die Art der Ausführung näher zu erklären, den Schaden aus dem vom Kommissionär in seinem Auftrage ausgeführten Geschäfte dem Kommissionär aufbürden."

Mit Recht haben dagegen Makower[1]) und das Reichsoberhandelsgericht[2]) diese Ansicht verworfen und die Anzeige von der Selbstübernahme als masgebenden Zeitpunkt bezeichnet.

Dem Kommissionär muss unter allen Umständen nach dem Sinne und Geiste des Gesetzes die Befugnis gewährt werden, seine frühere Ausführungsanzeige, in welcher er den Selbsteintritt nicht erklärt hat, zu präzisieren, ohne dass der Kommittent sein Widerrufsrecht auszuüben berechtigt ist, zumal dieser im Fall des Artikels 376 Absatz 1 offenbar kein erhebliches Interesse an einem besonderen Modus der Ausführung hat. —

Natürlich macht auch eine mündliche Anzeige den Widerruf unwirksam, denn erstere verstösst keineswegs gegen den Zweck und den Wortlaut des Artikels 377.

Unzweifelhaft kann auch die Anzeige konkludent erfolgen: Hat nämlich der Einkaufskommissionär die selbst gelieferte Ware dem Kommittenten gesendet, so ist damit auch die Ausführungsanzeige abgegeben. Ein Zweifel kann sich nur erheben bei Erfüllungshandlungen, welche nicht zur unmittelbaren Kenntnis des Kommittenten gelangt sind. Wenn z. B. der Verkaufskommissionär die vom Kommittenten übersandten Waren aus dem öffentlichen Lager-

1) Kommentar Art. 377 N. 29 b.

2) Bd. 8 S. 95 ff. und Bd. 4 S. 170.

haus auf sein eigenes Lager übernommen hat. v. Hahn[1]) schliesst auch in diesem Fall die Zulässigkeit des Widerrufs aus, „denn durch die Erfüllung ist die Möglichkeit der Spekulation des Kommissionärs auf Kosten des Kommittenten in noch wirksamerer Weise ausgeschlossen als durch die Anzeige in Worten[2])“. Dieser Schluss verstösst indes geradezu gegen den Wortlaut des Gesetzes.

Der Widerruf des Kommittenten andererseits braucht nicht expressis verbis zu erfolgen. Er kann aus konkludenten Handlungen geschlossen werden. Insbesondere kann er nach der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[3]) auch durch Anstellung der Klage auf Herausgabe des Kommissionsgutes erklärt werden.

Nach der Natur der Sache kann er jedoch dann keine rechtliche Wirkung mehr erzeugen, wenn der Kommissionär bei Eintreffen des Widerrufs schon Rechtshandlungen vorgenommen hat, welche sich als Ausübung des Wahlrechts darstellen.

Da das Handelsgesetzbuch keinerlei Bestimmungen hat, so ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein Widerruf wirksam sei oder nicht, zu untersuchen, ob zur Zeit des Eintreffens desselben beim Kommissionär die Kommission bereits ausgeführt war. Erfolgte die Ausführung durch Abschluss mit einem Dritten, so ist der Augenblick dieses Abschlusses festzustellen. Ob die Anzeige der Ausführung erstattet ist oder nicht, ist für die Frage nach der Wirksamkeit des Widerrufs ohne Bedeutung.

Hat der Kommissionär den Auftrag als Selbstkontrahent ausgeführt, so ist er dem Kommittenten gegenüber zu einer Erklärung verpflichtet.

---

1) Kommentar Art. 377 §. 6.

2) Anderer Ansicht ist Grünhut cit. S. 162. Schwankend äussert sich das Reichsoberhandelsgericht in Bd. 5 S. 282.

3) Bd. 16 S. 305.

Gegenstand der Untersuchung wird also hier sein, ob diese Erklärung bei Eintreffen des Widerrufs bereits erfolgt war oder nicht.

Beruft sich also der Kommissionär auf den vor dem Widerruf erfolgten Selbsteintritt, oder Verkauf auf einen Dritten, so muss er hiefür den Nachweis erbringen. Ist ein Verkauf an einen Dritten erfolgt, so ist das Mandat vollzogen. Der Widerruf kann das konsumierte Verhältnis nicht mehr rückgängig machen.

In dubio liegt also dem Kommissionär der Beweis ob, dass beim Eintreffen des Widerrufs nicht mehr res integra vorlag[1]). Hiebei macht es keinen Unterschied, ob der Kommissionär die Absicht des Selbsteintritts hatte oder nicht, sofern er nur die Absicht in unverkennbarer Weise zum Ausdruck brachte[2]).

1) Entsch. d. Rohg. Bd. 7 S. 97; des Rohg. Bd. 5 S. 280 ff., insbes. S. 282.

2) Rohg. Bd. 5 S. 279.

Curriculum vitae.

Alfredus John Ferdinandus Horchler, Caroloruhensis, natus sum anno h. s. LXVI die decimo mensis Aprilis, patre Ferdinando centurione, matre Anna Elisabetha e gente Gladstone-Davenport. Fidei addictus sum evangelicae. Litterarum elementis imbutus inde ab anno h. s. LXXVI Constanziae Gymnasium frequentavi. Vere anno h. s. LXXXVI maturitatis testimonium adeptus, ut studio iuris civilis operam darem, Argentoratum me contuli, ubi per bis sex menses scholis interfui virorum clarissimorum Lenel, Sohm, Koeppen, Knapp, v. Mering, Baumgarten. Tum Berolinam adii, ubi per ter sex menses audivi viros illustrissimos Aegidi, Eck, Dambach, v. Gneist, Hübler, Hinschius, Goldschmidt, Gierke, Rubo, Mendel, Wagner, v. Treitschke. Deinde Argentoratum redii, studium iuris civilis auditor virorum clarissimorum, Bremer, Knapp, Laband, Merkel, Schultze, Zimmermann, per bis sex menses ad finem perduxi. Per unum semestre seminarii, quod Laband moderabatur, sodalis fui.